

VU Research Portal

lets over rechtsgeleerd onderwijs

Zijlstra, S.E.

published in

Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap
2019

document license

Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Zijlstra, S. E. (2019). lets over rechtsgeleerd onderwijs. In P. Huisman, R. Neerhof, & F. Van Ommeren (Eds.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap : Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma* (pp. 161-173). Stichting Instituut voor Bouwrecht/Tjeenk Willink.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap

Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma

Onder redactie van:
mr. dr. P.J. (Pim) Huisman
prof. dr. A.R. (Richard) Neerhof
prof. mr. F.J. (Frank) van Ommeren

Eerste druk



's-Gravenhage - 2019

Iets over rechtsgeleerd onderwijs

Prof. mr. S.E. (Sjoerd) Zijlstra

1 Inleiding

Met grote bewondering heb ik gadeslagen hoe Jan Struiksma zich de laatste twee decennia van zijn academische loopbaan heeft ontwikkeld, ja, zich als het ware een aantal malen opnieuw heeft uitgevonden.

Toen ik hem leerde kennen was hij een gekend specialist op het gebied van het ruimtelijk-orderingsrecht, samen met de andere deelnemers van het illustere gezelschap 'De Kleine Kaart' een niet weg te denken machtsfactor in wetenschap en praktijk. Dit gevoegd bij het feit dat het RO-recht hét dominante deelterrein van het bestuursrecht was, waar nieuwe rechtsfiguren (plannen, convenanten, toezicht, handhaving) werden uitgevonden en juridisch gepositioneerd, en we kunnen hem aanmerken als de bestuursrechtelijk 'te kloppen man', zoals dat in welertermen heet.

Maar als hij begaande paden moet aflopen verveelt Jan Struiksma zich snel, hét kenmerk van de ware intellectueel. Hij stortte zich op het onderwijsbeleid: als bestuurder (portefeuillehouder onderwijs in het faculteitsbestuur, voorzitter examencommissie), maar steeds vanuit een wetenschappelijke grondhouding. Zo verdiepte hij zich in de wetenschappelijke veronderstellingen van het toetsen, en wat dat voor onze manier van tentamineren zou moeten betekenen. Maar hij schreef ook over normenlogica.¹

Wéér later zetten hij de logische vervolgstap: wat is rechtsgeleerd onderwijs eigenlijk? Wat is onze methode? Wat is recht? Immers, wie pretendeert een wetenschappelijke opleiding in de rechtsgeleerdheid te verzorgen, dient zich steeds af te vragen wat dan dat recht is. Het boekje *Het geschil als spil. De empirische cyclus van rechtswetenschap*² vormt de neerslag van dat denkwerk.

In *Het geschil als spil* presenteert Struiksma een theorie over object en methode van rechtswetenschappelijk onderzoek. Hij trekt een optimistische conclusie; het is mogelijk om een theorie van recht te ontwikkelen die als basis dient voor het juridisch onderwijs.

Hoewel hij zijn theorie met een - aansprekend - voorbeeld illustreert, werkt hij niet verder uit wat zij concreet betekent voor het rechtsgeleerd onderwijs. Hieronder probeer ik dat wel te doen. Voortbouwend op zijn theorie, zal ik proberen te laten zien waartoe zij leidt, waarbij ik mij niet zal beperken tot het onderwijs, maar ook nog iets zal zeggen over het onderzoek. Eerst (§ 2) geef ik Struiksma's theorie beknopt weer. Om te kunnen

1 J. Struiksma & A.R. Neerhof, 'Weinig kans voor zorgplichten in bestuursrechtelijke wetgeving', in: C.E.C. Jansen & J.W. Rutgers (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom 2011 p. 63-77.

2 Zaandam: Jan Struiksma 2012 (hierna: *Het geschil als spil*).

bezien hoe deze theorie in ons onderwijs handen en voeten zou moeten krijgen, moet ik eerst bespreken waartoe wij onze studenten opleiden (§ 3). Vervolgens kom ik tot de kern: wat betekent dit voor ons onderwijs (§ 4), onderzoek (§ 5) en het onderricht in onderzoek (§ 6)?

2 De theorie van Het geschil als spil

Het voert te ver om *Het geschil als spil* van kaft tot kaft te bespreken. Ik raad het iedere zichzelf respecterende rechtswetenschapper aan het te lezen.

Een groot deel van het boekje behandelt de wijze waarop een geschilbeslechter tot zijn oordeel komt, eerst, als er nog geen enkele uitspraak is (de ‘nul-situatie’) uitsluitend op basis van een rechtvaardigheidsgevoel, later, als zich meerdere vergelijkbare gevallen hebben voorgedaan, op basis van ordening en begripsvorming van die eerdere uitspraken. Het komt mij voor dat dit een theoretisch model is, niet onvergelijkbaar met de theorie van de natuurstaat en het sociaal contract, maar ik ben er niet zeker van dat Struiksmā het niet als een historische werkelijkheid beschouwt.³

Zoals een geschilbeslechter zijn uitspraken ordent en van een begrippenkader en beslisseregels voorziet, zo kan een rechtswetenschapper die uitspraken ook ordenen, en op basis van dat onderzoek in beeld brengen wat de geschilbeslechter doet. Struiksmā laat zien dat deze vorm van wetenschapsbeoefening primair plaatsvond in het kader van wat wij nu onderwijsgebonden onderzoek zouden noemen (onderzoek dat wordt gedaan om onderwijs te kunnen geven). Er ontstaat een wisselwerking tussen theorie en praktijk, omdat geschilbeslechters kennis nemen van deze ordening, en hun beslissingen daarmee systematischer gaan nemen. Die systematisering is weer aanleiding tot verdere systematisering in het onderzoek.

Rechtswetenschappelijk onderzoek brengt dus op een gesystematiseerde manier in beeld wat een geschilbeslechter doet. Geheel terecht merkt Struiksmā op, dat dit onderzoek geen voorspellende waarde heeft: het kan alleen een theorie vormen en toetsen over wat de geschilbeslechter *doet*, niet wat hij in een voorkomend geval *zal doen*.

Hoewel dit alles mij overtuigend voorkomt, mist er een essentieel element, zonder welke er geen sprake kan zijn van rechtswetenschappelijk onderzoek, en dat ons tegelijk zo kwetsbaar maakt voor kritiek op onze methodologie: de normativiteit van onze methode. Laat ik dat illustreren aan de hand van een voorbeeld dat Struiksmā zelf geeft: onderzoek over de jurisprudentie met betrekking tot overeenkomsten met de overheid, en in hoe-verre de rechter die aanvaardbaar acht. Kort gezegd komt zijn schets van dat onderzoek op het volgende neer. De onderzoeker vormt een hypothese dat er systematiek kan worden gebracht in de rechtspraak over de aanvaardbaarheid van overheidsovereenkomsten. Deze hypothese kan worden getoetst op basis van de beschikbare jurisprudentie, die kan worden geanalyseerd en geordend, en waarin een lijn kan worden getrokken over hoe de rechter deze vraag beantwoordt. Volgens Struiksmā kan dit onderzoek ‘als uitgangspunt het arrest-Windmill nemen. Het daarin gegeven kader is een soort kapstok.’⁴ Maar dat

3 *Het geschil als spil*, p. 40: ‘Een beschrijving vanuit de historische nulsituatie laat zien...’

4 Idem, p. 47-48.

gaat dus niet. Een dergelijke ordening is alleen mogelijk binnen het normatieve kader dat het recht zelf verschaft. Waarom niet een arrest uit 1950 genomen? Omdat Windmill van later datum is, en bij interpretatie van rechtspraak, latere uitspraken in beginsel vóór eerdere gaan. En als de onderzoeker twaalf rechtbankuitspraken tegenkomt die afwijken van de laten we zeggen elf arresten van de HR in de lijn van Windmill? Dan laten we die laatste vóórgaan, want in ons rechtssysteem gaan hogere uitspraken vóór lagere. Ik vermoed dat Struiksmā dit alles zó evident vindt, dat hij er geen aandacht aan heeft willen besteden, maar het zou een niet-jurist die wil weten 'hoe wij het doen' wel op het verkeerde been kunnen zetten. En het is nu juist de buitenwacht die wij zo moeilijk kunnen overtuigen van de methodologie van ons onderzoek, omdat het recht in de hier bedoelde zin volledig zelfreferentieel is. Wij ordenen en beschrijven niet op basis van hoe de werkelijkheid zich aan ons presenteert, maar - mede - op basis van hoe die werkelijkheid zich aan ons volgens ons systeem behóórt te presenteren.

In dat licht ook nog het volgende. Als gezegd wijst Struiksmā erop dat rechtswetenschappelijk onderzoek geen voorspellende waarde heeft. Dat is juist, maar hier wordt wel een kans gemist. Het onderzoek kan dan weliswaar niet voorspellen wat een rechter zal doen in een concreet geschil, maar kan wel een (*normatieve*) uitspraak doen over wat de rechter, gegeven de uitkomsten van het onderzoek, *zou behoren* te doen. Maar opnieuw: daarvoor is het systeem van het recht (als normatief kader) onmisbaar.

In het eerder genoemde voorbeeld van de overheidsovereenkomst zou uitkomst van het wetenschappelijk onderzoek op basis van de Windmill-jurisprudentie met inachtneming van *het systeem van het recht* (lagere rechters dienen hogere te volgen) kunnen zijn dat de rechter in een vergelijkbaar geval overeenkomstig de Windmill-jurisprudentie behoort te beslissen.

De wetenschappelijke kracht van deze uitkomst (normatieve voorspelling) neemt natuurlijk af naarmate er (nog) geen beslisregels zijn.

Struiksmā haalt een door Vranken⁵ naar voren gebracht voorbeeld aan van het opleggen van een dwangsom aan een draagmoeder die 'wanpresteert'. De geschilbeslechter die dit moet beoordelen, heeft daarvoor nog geen rechtstreeks toepasbare wetgeving of jurisprudentie. Dat is juist, maar er zijn wel rechtsnormen die naar analogie, of vanuit hun plaats in de rechtsorde, kunnen worden toegepast. De uitkomst moge niet vast staan, het is aan de onderzoeker om, *binnen het systeem van het recht* (waar grondrechten een belangrijke rol spelen) met zo overtuigend mogelijke argumenten voor een bepaalde beslissing te komen.

Ten slotte kan het wetenschappelijk onderzoek ook een uitspraak opleveren over de *juistheid* van de uitspraak, maar opnieuw alleen met behulp van *het systeem van het recht*.

Doet een lagere rechter een uitspraak die in strijd is met de lijn van Windmill, dan kan dat vanuit het systeem van het recht worden bekritiseerd. Wijkt de Hoge Raad zelf van haar lijn af, zonder adequate motivering, dan kan dat eveneens vanuit het systeem van het recht worden bekritiseerd.

Op de theorie van Struiksmā, aangevuld met de door mij geschetste normatieve elementen, kan dus wel degelijk een rechtsgeleerd onderwijs en onderzoek worden gefundeerd.

5 *Het geschil als spel*, p. 50.

Om dat verder uit te werken, moeten we eerst onder ogen zien waarvoor wij onze studenten opleiden.

3 Waartoe leiden wij op?

De opleiding rechtsgeleerdheid heeft ten doel de student in staat te stellen in de praktijk van het rechtsbedrijf werkzaam te zijn én wetenschappelijk onderzoek te doen. Anders dan wel wordt gedacht, bestaat hiertussen geen tegenstelling. Zoals *Het geschil als spel* duidelijk maakt, dient een rechtsvinder (niet alleen de rechter, zoals we straks zullen zien) bij het vinden van een rechtens juiste beslissing niet alleen te putten uit het arsenaal aan rechtsvindingen dat op het betrokken terrein al heeft plaatsgevonden, maar, als daar geen oplossing kan worden gevonden, te abstraheren naar achterliggende algemene regels en beginselen of te grijpen naar bij analogie toe te passen regels en beslissingen. Dit is bij uitstek een wetenschappelijke activiteit. Intussen hoeft betrokkene dat niet als zodanig te ervaren en te herkennen; het doet zich namelijk op alle terrein van menselijke activiteit voor.

Henry Ford, piekerend over een manier waarop hij zoveel mogelijk T-Fords in een zo kort mogelijke tijd kon produceren, vond daarvoor inspiratie in de manier waarop slachthuizen in het Midden-Westen van de VS waren opgezet, en in de lopende band die werd gebruikt voor de verwerking van graan. Dat dit een typische wetenschappelijke manier van denken is, zal er voor hem niet toe hebben gedaan.

Maar eigen aan het recht is dat het grijpen naar achterliggende algemene regels en beginselen en analogieën niet alleen handig (efficiënt) is, maar ook een normatieve lading heeft, omdat men aldus een coherent rechtssysteem bouwt. We zouden kunnen zeggen: het recht is een systeem omdat het een systeem behóórt te zijn.

4 Wat betekent dit voor ons onderwijs?

4.1 Algemeen

Als we uitgaan van recht als het analyseren en normatief voorspellen wat een rechter in een concreet geval doet, weten we wel wat het *object* van ons onderwijs is, maar we nog niet hoe we dat onderwijs moeten *inrichten*. Niettemin is er in de hier besproken theorie al meteen een belangrijk uitgangspunt aan te treffen: de student dient ten minste op een basisniveau kennis te nemen van de hoofdgebieden van het recht. Dit laat meteen al het wetenschappelijk karakter van de opleiding zien: zou men er immers voor kiezen, hetgeen op zichzelf goed denkbaar is, om de student na het aanleren van aantal basisvaardigheden meteen te laten kiezen uit de hoofdgebieden van het recht, dan is de coherentie van het recht als geheel ver te zoeken. Ook dient in de opleiding aandacht te worden besteed aan filosofische en rechtssociologische achtergronden, waarbij wel het onderscheid met het positieve recht scherp in de gaten moet worden gehouden.

Tot mijn vreugde wordt dit op de VU nog steeds als uitgangspunt genomen, ondanks druk om hieraan te sleutelen. Daarbij wordt voor zover ik kan zien - in ieder geval bij staats- en bestuursrechtelijke vakken - nog steeds uitgegaan van het concentrische model, dat wil zeggen in het eerste jaar de basisregels van een bepaald hoofdvak (meestal

aangeduid als ‘beginselen’), waarna deze vakken in het tweede en derde jaar worden verdiept. In de master vind dan specialisatie plaats.

Ten minste de hoofdgebieden van het recht, dus. Maar voor het overige weten nog niet veel over de daadwerkelijke invulling van het curriculum. Daarover wil ik in het vervolg van mijn opstel enkele opmerkingen maken. Maar daarvoor moeten we eerst nog stilstaan bij de centrale rol die de rechter in de theorie van Struiksma heeft.

4.2 Een kritische beschouwing vanuit het staats- en bestuursrecht

De nadruk die de theorie legt op rechtsvinding door de rechter moet vanuit het staats- en bestuursrecht om verschillende redenen kritisch worden beschouwd.

Delen van het recht zouden buiten beschouwing blijven

Ten eerste heeft zij onaanvaardbare gevolgen voor een belangrijk deel van het staats- en bestuursrecht, te weten het zogeheten politieke staatsrecht, waaronder ik versta de regels omtrent het tot stand komen van wetgeving, de verhouding regering-parlement, en het bestuurlijk organisatierecht.

Laat ik een voorbeeld geven. Wat betreft de bevoegdheidsverdeling met betrekking tot autonome gemeentelijke bevoegdheden, bevat de Grondwet de volgende bepalingen:

Artikel 124

1. Voor provincies en gemeenten wordt de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake hun huishouding aan hun besturen overgelaten.
2. [...].

Artikel 125

1. Aan het hoofd van de provincie en de gemeente staan provinciale staten onderscheidenlijk de gemeenteraad. Hun vergaderingen zijn openbaar, behoudens bij de wet te regelen uitzonderingen.
2. Van het bestuur van de provincie maken ook deel uit gedeputeerde staten en de commissaris van de Koning, van het bestuur van de gemeente het college van burgemeester en wethouders en de burgemeester.

Artikel 128

Behoudens in de gevallen bedoeld in artikel 123, kan de toekenning van bevoegdheden, als bedoeld in artikel 124, eerste lid, aan andere organen dan die, genoemd in artikel 125, alleen door provinciale staten onderscheidenlijk de gemeenteraad geschieden.

Artikel 128 vormt de neerslag van het zogeheten ‘hoofdschap’ van de gemeenteraad, dat in de ogen van de grondwetgever meebrengt dat de wetgever weliswaar autonome bevoegdheden aan anderen dan de raad mag toekennen, maar dat dat alleen het college of de burgemeester mag zijn: wil de wetgever dat een ander orgaan autonome bevoegdheden moet (kunnen) uitoefenen, dan moet de raad daarover beslissen.

Artikel 165 Gemeentewet bepaalt echter:

Artikel 165

1. Het college kan aan een door hem ingestelde bestuurscommissie bevoegdheden overdragen, tenzij de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet.
2. [...].
- 3 Het college neemt geen besluit op grond van het eerste lid dan nadat de raad een ontwerp-besluit is toegezonden en in de gelegenheid is gesteld zijn wensen en bedenkingen ter kennis van het college te brengen.

Dit artikel is evident in strijd met artikel 128 Grondwet, omdat het college dus zelfstandig (de zienswijzeprocedure van het derde lid doet daar niet aan af) kan besluiten bevoegdheden, dus ook autonome, over te dragen aan een commissie⁶. Het is de rechter vanwege het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet echter niet toegestaan de ongrondwettigheid van art. 165 Gemeentewet uit te spreken, en krachtens deze bepaling worden dagelijks tal van burgers rechtstreeks rakende besluiten genomen, zonder dat die om deze reden kunnen worden aangetast. Zouden wij ons in onze opleiding geheel richten op rechtsvinding door de rechter, dan moeten deze en dergelijke leerstukken buiten beschouwing blijven. Nu zou men kunnen zeggen dat regels die niet door een rechter kunnen worden toegepast, geen recht zijn, en dus ook niet behoeven te worden onderwezen in een rechtenopleiding. Zouden wij tot die conclusie komen, dan leiden wij volstrekt onbruikbare juristen op.

Rechtspraak is niet de belangrijkste bron van recht

De tweede kanttekening is de volgende. Wellicht is dit nog niet bij alle beoefenaren van de rechtsgeleerdheid doorgedrongen, maar rechtsvorming vindt in onze rechtsorde voor het overgrote deel door de wetgever plaats.⁷ Volledige focus op rechterlijke rechtsvinding zou dat miskennen.

Nu zou men kunnen tegenwerpen dat dit vanuit de onderwijstheorie bezien om voorwaardelijke rechten, plichten en aanspraken gaat, die nog door de rechter moeten worden toegepast op de concrete situatie: we kunnen dus volstaan met een focus op de rechterlijke rechtsvinding. Dat is echter zowel in empirische als in juridische zin onjuist.

Het is in empirische zin onjuist, omdat rechtssubjecten veelal hun plichten nakomen c.q. hun rechten krijgen zonder dat een rechter daarover een uitspraak hoeft te doen. Dat - Struiksma wijst daar ook op - de rechter ze er zo nodig toe zou kunnen dwingen, speelt wel een rol, maar uit onderzoek blijkt dat veel mensen - met name in het consumentenrecht - wier rechten zijn geschonden, daar geen werk van maken. Een onderwijstheorie die dat miskent, berust op drijfzand.

Maar ook in juridische zin is de nadruk op rechtsvorming en rechtsvinding door de rechter onjuist. De rechtsontwikkeling in de afgelopen eeuw laat een sterke verbestuursrechtelijking van ons recht zien. Waar vroeger de rechter degene was die vaststelde wat de rechtsverhouding tussen rechtssubjecten was (daaronder begrepen de verhouding

6 Art. 165 zoals dat luidde vóór de dualiseringsoperatie deed het wél goed: dat bepaalde dat *de raad* op voorstel van het college, bevoegdheden van het college kon overdragen aan een commissie.

7 Vgl. W.J.M. Voermans, 'Waarom is er zo weinig wetgevingsonderwijs in de universitaire rechtenopleiding?', *RegelMaat* 2015, nr. 2, p. 68.

tussen vervolgende overheid en vervolgte verdachte), is het nu op ongeken- de schaal het bestuur geworden dat dit doet. Nadruk op rechtsvinding door de rechter miskent dat rechtsvorming (waaronder ook rechtsvinding) door het bestuur minstens zo belangrijk is geworden.

Theorie niettemin goed bruikbaar

Intussen hoeft het voorgaande voor de conclusies die Struiksma op basis van zijn theorie trekt, geen grote gevolgen te hebben, als we voor ‘de rechter’ substitueren: iedereen die in ons staatsbestel bevoegd is een oordeel uit te spreken over de rechtmatigheid van bepaalde handelingen. Dat betreft natuurlijk allereerst de rechter, maar ook de Afdeling advisering van de Raad van State wanneer zij moet adviseren over de grondwettigheid van ontwerpen van wet in formele zin, en de voorzitter van de Tweede Kamer wanneer zij een amendement toelaatbaar acht of vaststelt dat een voorstel is aangenomen.⁸ Ook het bestuur moet - althans gezien vanuit het rechtsaspect, want het bestuur mag en moet ook belangen afwegen, een afweging die niet (volledig) door het recht wordt bepaald - dezelfde soort beslisregels toepassen als de rechter in het schema van Struiksma, en daar kan de opleiding zich ook op richten.

Wel heeft het voorgaande gevolgen voor de inrichting van de opleiding, waarover hieronder meer.

4.3 Accentverschuivingen in de opleiding

Zonder afbreuk te willen doen aan de hoofdstructuur van de rechtenopleiding zoals hierboven geschetst, meen ik dat zowel inhoudelijk als qua vaardigheden accentverschuivingen wenselijk zijn.

Meer onderwijs over wetgeving

Hierboven gaf ik al aan dat de focus op rechtspraak in de opleiding miskent dat wetgeving de belangrijkste bron van recht in onze rechtsorde vormt. Dat aan rechtsvorming door de wetgever relatief weinig aandacht wordt besteed, mag allerlei historische en bureaupolitieke redenen hebben, duidelijk is dat het lastig is haar een rol te geven in een juridische opleiding. Immers, in een concrete casus met voldoende feitelijke gegevens kan men onderwijzen welke uitkomst (rechterlijk vonnis, besluit van een bestuursorgaan) de juiste is, maar dat kan men met wetgeving niet, omdat er veelal talloze rechtmatige uitkomsten denkbaar zijn.

Denk aan de volgende casus. Een wet bepaalt dat bij algemene maatregel van bestuur nadere regels over onderwerp X worden gesteld. Je kunt de studenten vragen:

- a. Mag die amvb ook achterwege blijven? (antwoord: nee)
- b. Mag die amvb doordelegeren aan een ministeriële regeling? (idem)
- c. Mag die amvb ook iets regelen over onderwerp Y? (antwoord: nee, al is denkbaar dat dat dan moet worden beschouwd als een zelfstandige amvb op grond van art. 89 Grondwet).

Maar je kunt moeilijk vragen

- d. Hoe moet die amvb eruit zien?

8 HR 27 januari 1961, NJ 1963/248 (Pensioen Van den Bergh).

Die laatste vraag is wel mogelijk, en wordt in het kader van de afstudeerrichting Jurist en Overheid, vak Wetgeving, ook wel gesteld, maar dan is niet alleen een flinke dosis bijzondere vaardigheden nodig (wetgevingstechniek), maar ook een stevige beleidsmatige inkadering, waarna niettemin nog veel door de student te maken keuzes resteren. Ik denk niet dat het haalbaar is, dit in het verplichte curriculum van de bachelor rechtsgeleerdheid te doen.⁹

Toch is aandacht voor de wetgevingsleer, ook in het verplichte curriculum van de bachelor rechtsgeleerdheid, van groot belang, vergelijkbaar met (de vaardigheid van) het arresten lezen. In het eerste jaar zouden studenten een stevige dosis ‘wetten lezen’ moet krijgen, die bestaat uit:

- Normenlogica
- Structuur van wetten: opbouw, gelaagde structuur, herhaling en het voorkomen daarvan
- Belangrijkste wetgevingstechnieken (begripsbepaling, verwijzing, inwerkingtreding, overgangsrecht)
- Wetgevingsstijlen.

Het zijn deze elementen die de studenten van het mastervak Wetgeving jaarlijks doen verzuchten: ‘Dit vak zou iedere rechtenstudent moeten volgen.’ Ze zijn onmisbaar voor het goed de weg kunnen vinden in wetgeving en beleidsregels (ook van het openbaar ministerie!), maar naar mijn inschatting evenzeer voor het snel doorgronden van omvangrijke contracten en algemene voorwaarden.

Niet alleen toetsing maar ook advisering

Als ik de klassieke manier van onderwijs in onze (bachelor)opleiding in grove pen-nenstreken zou moeten schetsen, dan gaat het meestal om het volgende. In de voorgescreven literatuur en de hoorcolleges worden de belangrijkste begrippen, rechtsfiguren en rechtsnormen in beeld gebracht; in de werkgroepen wordt dit aan de hand van casusposities toegepast. Dit laatste geschiedt dan als volgt: een bepaald feitencomplex, waaronder al of niet rechtshandelingen, wordt gepresenteerd, en daar moet het volgende mee worden gedaan:

- kwalificeren van de handelingen;
- beoordelen of die handelingen rechtmatig zijn of niet;
- zo niet, wat daarvan de rechtsgevolgen zijn (waaronder de rechtsbescherming).

Dat laatste - is een handeling rechtmatig of niet, en zo niet, wat zijn daarvan de rechtsgevolgen? - zou ik met een aan het staatsrecht ontleende term zou willen aanduiden als ‘toetsen.’ Het is niet alleen de dagelijkse kost voor de rechter, maar ook voor het bestuur en de advocatuur, en het is logisch dat het de kern vormt van het juridisch onderwijs. Maar in de rechtspraktijk moeten actoren zich ook afvragen hoe het dan wél zou kunnen. Dit heeft niet alleen de vorm van ‘toetsen’, maar ook van adviseren. Dat geldt niet alleen voor de advocatuur en het bestuur,¹⁰ maar in toenemende mate ook voor de

9 Denkbaar is, het vak Wetgeving in de minor onder te brengen.

10 De term adviseren in de context van de relatie bestuur-burger doet wellicht wat vreemd aan, maar uit de beginselen van behoorlijk bestuur vloeit voort dat het bestuur met de burger in gesprek gaat over de mogelijkheden die er zijn om aan de wensen van de burger te voldoen, en hem daarover voorlicht.

rechter, namelijk in de situatie dat onderzocht wordt of een schikking mogelijk is. In de rechtenopleiding zou wat mij betreft deze laatste stap steeds ook een uitdrukkelijke positie moeten krijgen.¹¹

5 Wat betekent dit voor ons onderzoek?

In *Het geschil als spel* legt Struiksma ook een directe relatie tussen rechtswetenschappelijk onderwijs en onderzoek, en terecht; in een wetenschappelijke opleiding moeten onderwijs en onderzoek hand in hand gaan.¹² Maar ook legt hij de verbinding met zijn theorie: het object van het rechtsgeleerd onderzoek is hetzelfde als het object van het rechtsgeleerd onderwijs. Hier zie ik wel enkele problemen.

Als het object van rechtsgeleerd onderwijs en onderzoek datgene is wat, gegeven de als positief recht geldende rechtsregels en beginselen, de (juiste) rechtsvinding is, dan kan men een rechtsvinding die *in overeenstemming* is met die rechtsregels en beginselen niet bekritiseren. Nu kan men dat methodologisch eenvoudig pareren door te zeggen: dat kan wel, maar dan is het niet juridisch maar (rechts)politiek. Dat moge zo zijn, maar een kritische reflectie op het positieve recht vanuit voorpositieve rechtsbeginselen is onmisbaar in de juridische opleiding.

Intussen is zo'n methodologische (onder)scheiding wel van groot belang. In onderwijs en onderzoek dient men naar mijn mening zo helder mogelijk te maken wáár men het geldende recht weergeeft, en wáár men bespreekt wat geldend recht zou moeten zijn (en op welke hogere normen of beginselen of analogieën men zich daarbij baseert).

Dat is in de eerste plaats een kwestie van wetenschappelijk zuiverheid. Onder de vaststelling dat waardevrije presentatie van onderzoeksgegevens, zeker in het recht, onmogelijk is, maakt men zich schuldig aan wetenschappelijke spookrijderij als men als geldend recht presenteert wat men zelf als wenselijk beschouwt.

Ik heb dat zelf een keer hardhandig moeten ervaren toen ik in twee publicaties over hetzelfde onderwerp geen onderscheid had gemaakt tussen wenselijk en geldend recht. In een opstellenbundel van het onvolprezen onderzoekszwaartepunt Overheid en Particulier Initiatief (OPI) had ik bepleit om de bevoegdhedenovereenkomst, althans het besluit te voorbereiding daarvan, als een appellabel besluit in de zin van art. 8:1 Awb te beschouwen.¹³ Korte tijd later meende ik in een preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, ten behoeve van onze Belgische vrienden, te laten zien dat het besluit ter voorbereiding van een bevoegdhedenovereenkomst in Nederland niet als een appellabel besluit wordt beschouwd.¹⁴ Het kwam mij in de eerstvolgende druk van *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* op een uitbrander van

11 Zie voor een uitgewerkt voorbeeld R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Band 1, 7^e druk, p. 52-54.

12 Dit dreigt door de (financiële) ontwikkelingen in het universitaire onderwijs overigens steeds meer fictie te worden.

13 S.E. Zijlstra, 'De paradox van de horizontalisering. De juridische positie van derden bij convenanten', in: F.J. van Ommeren en H.J. de Ru (red.), *Convenanten tussen overheid en maatschappelijke organisaties*, Den Haag, Sdu 1993 p. 143-166.

14 S.E. Zijlstra, *Convenanten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Fernhout te staan.¹⁵ Wat is het nou, Zijlstra? Nou, het is het niet (preadvis), maar het zou het wel moeten zijn (OPI-bundel). Maar dat had ik niet goed duidelijk gemaakt.

Het zichtbaar maken van onderscheid tussen geldend en wenselijk recht is ook van groot belang om in het onderwijs ongelukken te voorkomen.

Ook hier een voorbeeld uit eigen ervaring. Enige jaren geleden hadden wij voor het vak Bestuursrecht een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over de gedoogbeschikking voorgeschreven (ABRS 12 juni 1997, *AB* 1997/343 inzake Funderingsplan). In die uitspraak overweegt de Afdeling dat een schriftelijke beslissing om een overtreding te gedogen weliswaar voor de rechtsbescherming met een beschikking moet worden gelijkgesteld, maar dat dit in beginsel niet geldt voor de schriftelijk afwijzing van een verzoek om te gedogen. Annotator Jurgens vond dit in strijd met art. 1:3 lid 2 Awb: als iets een beschikking is, is de afwijzing van een aanvraag daartoe ook een beschikking. Studenten: wat is het nou? Docenten: de afdelingsuitspraak is geldend recht, de noot wenselijk recht.

6 Onderzoek in het onderwijs; onderricht in het onderzoek

Wij leiden als gezegd niet alleen op voor de rechtspraktijk, maar ook voor de rechtswetenschap. De student rechtsgelerdheid moet zelfstandig onderzoek kunnen doen en dat (schriftelijk) presenteren. Uit ervaring blijkt, dat veel studenten hier grote moeite mee hebben. Dat heeft naar mijn mening verschillende oorzaken. De eerste is dat ze niet hebben geleerd een ordentelijk juridisch betoog op te zetten. Wellicht begint dat al met onze manier van toetsen. Als ik op een tentamen bestuursrecht de vraag stel: is een minister een bestuursorgaan? en ik krijg (letterlijk) het volgende antwoord: 'art. 1:1 Awb - a-orgaan - Staat is rechtspersoon - dus ja', dan heeft de student een serieus deel, wellicht zelfs de meerderheid van de punten waarschijnlijk wel binnen. Maar een ordentelijk betoog is het niet. Wellicht is het onverstandig daar strenger op te gaan toetsen, maar er zou in de opleiding wel méér aandacht voor moeten zijn. Om die reden is de laatste jaren terecht bij enkele verplichte vakken (waaronder Bestuursrecht) een eveneens verplichte paper ingevoerd.

Maar zelfs al leren we de studenten hoe ze een wetenschappelijk betoog moeten *opzetten*, dan zijn we er nog niet. Een juridisch betoog is (tevens) een vorm van retoriek, die sommigen van nature beheersen, maar anderen echt moet worden bijgebracht. Een ervaren auteur beschikt over een arsenaal aan constructies als 'niettemin', 'overigens', 'aangenomen moet worden,' etc. om de lezer helderheid te verschaffen over de relatie tussen bepaalde mededelingen, soms ook om zich uit bepaalde inhoudelijke of retorische problemen te redden. Beschikt de student hier niet over, dan is dat in het kader van de begeleiding van een scriptie niet meer bij te spijkeren.

Daarnaast moeten wij als docenten/onderzoekers de hand ook in eigen boezem steken. Naar mijn waarneming betreft het overgrote deel van de in tijdschriften gepubliceerde bestuursrechtelijke artikelen een combinatie van geldend en wenselijk recht. Het uit-

15 P. de Haan, Th.G. Drupsteen en R. Fernhout, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Band 1, 5^e druk, Deventer: Kluwer 2001, p. 505, noot 222.

sluitend presenteren van onderzoek naar geldend recht wordt als weinig interessant,¹⁶ misschien zelfs wel als onwetenschappelijk beschouwd. Wij leggen onze studenten deze zelfde eisen op. Een scriptie die uitsluitend in beeld brengt wat geldend recht is, wordt 'te mager' gevonden; de student moet ook in beeld brengen wat daar in de literatuur allemaal over is gezegd, en ten minste 'zijn eigen mening' geven. Dit heeft grote nadelen. Ten eerste slaat ons *dédain* voor positiefrechtelijk onderzoek over op de studenten, die dat niet als scriptieonderwerp zullen kiezen. Omdat de gemiddelde rechtenstudent niet meteen aan empirisch onderzoek zal denken (als wij dat al zouden kunnen begeleiden), resulteert vanzelf een klassiek-normatief onderzoek: een kritische bespreking van het geldend recht, mede op basis van literatuurstudie, compleet met eigen mening. En dát is nu juist het moeilijkste soort onderzoek dat er op ons vakgebied is. Ik noem:

- Hoe geef je 'de meningen in de literatuur' weer? Chronologisch? Thematisch? Op 'gezag' van de auteur?
- Hoe moet de student kiezen uit die meningen?
- Wat is het gehanteerde toetsingskader?

Naar mijn mening moeten we verder doordenken welk type onderzoek wij vinden dat studenten ten minste¹⁷ moeten kunnen verrichten, en daar al vroeg in de opleiding onderricht in verzorgen.

7 Ten slotte

Jan Struiksma gaat nu met pensioen, en we zullen hem missen. Wat ik zelf het meeste zal missen is Jan als richtsnoer en vraagbaak bij de soms heel lastige dilemma's waarvoor een docent kan komen te staan. Hij is altijd wars geweest van het verdisconteren van enig persoonlijk of bureaupolitiek belang bij het geven van adviezen of het nemen van beslissingen. Ook daarin is hij uniek.

Gegeven zijn constant nieuwgierige brein, zal Jan niet thuis achter de geraniums gaan zitten. Ik hoop dat hij ook blijft nadenken - en schrijven! - over de belangrijke thema's die hij de laatste jaren heeft aangesneden en uitgewerkt (waaronder ook wetenschappelijke integriteit). Wij hebben je nodig, Jan!

16 Beschrijving van geldend recht was vanaf het begin de formule van *JBplus*; het blad heeft die formule - kennelijk - stilzwijgend verlaten.

17 Er zijn natuurlijk altijd studenten die een klassiek-normatief onderzoek wel aankunnen.